



ÁLVARO HENRIQUE MILHOMEM DA SILVA SANTOS

**PLURALIDADE DE CONDUTAS NO CRIME DE ESTUPRO:
concurso material ou crime continuado?**

BRASÍLIA - DF

2011

ÁLVARO HENRIQUE MILHOMEM DA SILVA SANTOS

**PLURALIDADE DE CONDUTAS NO CRIME DE ESTUPRO:
concurso material ou crime continuado?**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientação: Prof. Msc. José Carlos Veloso
Filho.

BRASÍLIA - DF
2011

SANTOS, Álvaro Henrique Milhomem da Silva

Pluralidade de condutas no crime de estupro: concurso material ou crime continuado?/ Álvaro Henrique Milhomem da Silva Santos. Brasília: UniCEUB, 2011.

48 páginas.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc. José Carlos Veloso Filho

RESUMO

O presente trabalho buscou investigar o concurso existente entre os crimes de estupro e o antigo crime de atentado violento ao pudor após a entrada em vigor da Lei nº 12.015 em 07 de agosto de 2009. Para tanto, procedeu-se inicialmente a conceituar os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, bem como aos modos de execução e a diferença entre tais delitos. Discutiu-se, ainda, sobre o concurso de crimes, definindo e citando o concurso material e o crime continuado. Por fim, verificou-se qual o concurso pertinente aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, com base no entendimento doutrinário e jurisprudencial, analisando-se também a diferença entre a Lei anterior (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal) e a Lei nova (Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009), bem como as consequências da modificação do tipo penal para o ordenamento jurídico atual.

Palavras-chaves: Estupro – Atentado Violento ao Pudor – Concurso de Crimes

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR	8
1.1 Conceito de Estupro.....	8
1.2 Conceito de Atentado Violento ao Pudor	10
1.3 Diferença entre Estupro e Atentado violento ao pudor	12
1.4 Fusão entre os artigos 213 e 214 do Código Penal	13
1.5 Sujeito ativo e Sujeito passivo.....	15
1.6 Modos de execução dos Crimes de Estupro e Atentado violento ao Pudor..	17
2 CONCURSO DE CRIMES	19
2.1 Concurso material.....	19
2.2 Crime Continuado	21
2.3 Diferença entre a Lei anterior (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal) e a Lei nova (Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)	24
2.4 Consequências da modificação do tipo penal	26
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

O Direito Penal de forma ampla tem como finalidade preservar a sociedade, a fim de tutelar os seus bens jurídicos tidos como essenciais, que são a vida, a liberdade e a propriedade, com o intuito de garantir a paz, a segurança e a ordem social em torno do indivíduo e da comunidade. Isso é feito através da classificação das infrações lesivas à coletividade, ao sistema político ou ao próprio indivíduo, impondo sanções punitivas de acordo com cada conduta já prevista e tipificada pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Assim sendo, o trabalho apresentado tem por objeto a análise da aplicação de concurso material ou crime continuado no caso em que envolva estupro e o extinto atentado violento ao pudor, à luz da Lei 12.015/2009. A monografia tem como ênfase verificar qual o instituto jurídico cabível no computo da pena, e se houve alguma mudança com a entrada em vigor da Lei nº 12.015 em 07 de agosto de 2009, que unificou os comportamentos e os tipos penais. Por isso verifica-se se é diligente o art. 69 do Código Penal, quanto à possibilidade de ainda aplicá-lo na atual sistemática existente na pluralidade entre condutas no crime de estupro, quando há um misto entre conjunção carnal e atos libidinosos, anteriormente regulado pelo artigo 214 do Código penal, que classificava tal conduta como sendo o crime de atentado violento ao pudor.

Pois bem, no primeiro capítulo, valer-se-á de uma análise sobre o conceito dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, a diferença entre as duas condutas, a definição da mudança que houve após a entrada em vigor da Lei nº 12.015/09, bem como sobre a identificação do sujeito ativo e passivo e os modos de execução existentes em ambos os delitos.

No segundo capítulo, são definidos e abordados de forma detalhada o concurso material e o crime continuado. Em seguida, passa-se à análise da diferença existente entre a Lei anterior (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal) e a Lei nova (Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009) e qual é sua atual alocação no ordenamento pátrio.

Isso possibilita, ainda no capítulo 2, a compreensão da nova interpretação dada à questão que envolve os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, para definir as consequências da modificação existente do tipo penal, com a discussão central do trabalho acerca do concurso existente entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Ressalta-se o entendimento majoritário sobre o assunto, tanto sob a ótica jurisprudencial, quanto sob a ótica doutrinária, que surgiram diante da nova lei supramencionada.

1 ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

1.1 Conceito de Estupro

Os crimes contra os costumes eram denominados no Código Penal de 1830 como “Crimes Contra a Segurança da Honra”, no Código de 1890 passou a ser conhecido como “Crime Contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje ao Pudor” e só com o advento do Código de 1940 passou a ser denominado “Crimes Contra os Costumes”.¹

Contudo, os crimes sexuais sempre foram vistos de forma abominável para a sociedade. Caso a moralidade sexual fosse desrespeitada, o agressor sofreria sanções severas. As punições iniciais eram de pena de morte, fogueira, açoites entre outras. Depois com a evolução dos costumes, da sociedade e dos Códigos Penais, as sanções foram se tornando menos severas, sendo retirada do atual Ordenamento a pena de morte.²

Diante dessa breve introdução passa-se a analisar o conceito referente ao crime de estupro, as mudanças decorrentes dos últimos tempos, a definição e os sujeitos que podem cometer e sofrer com tal conduta, além de suas consequências de acordo com a atual sistemática.

O crime de estupro, com o advento da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, é definido pela prática, mediante violência ou grave ameaça de constranger alguém a ter conjunção carnal, a praticar ou com o sujeito permitir que se pratique ato libidinoso diverso, que são tidos como ações de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tem a pretensão de satisfazer a libido do agente.³

Anterior à Lei nº 12.015/09, o estupro era regulado pelo artigo 213 do Código Penal e se resumia tão somente pela conduta ativa do homem como única figura que poderia executar tal crime, ou seja, o sujeito ativo necessariamente deveria ser uma pessoa do

¹ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

² Ibidem.

³ JESUS, Damásio. **Direito penal parte especial**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3, p. 127.

sexo masculino que constrangia uma mulher à prática da conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça.⁴

O termo violência ou grave ameaça empregado no texto legal significa a força física, material, a *vis corporalis*, com a finalidade de vencer a resistência da vítima. Essa violência pode ser produzida pela própria energia corporal do agente, que, no entanto, poderá preferir utilizar outros meios, como fogo, água, energia elétrica (choque), gases etc.⁵

Grave ameaça constitui forma típica da “violência moral”; é a vis compulsiva, que exerce uma força intimidativa, inibitória, anulando ou minorando a vontade e o querer da ofendida, procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima. Na verdade, a ameaça também pode perturbar, escravizar ou violentar a vontade da pessoa como a violência material. A violência moral pode materializar-se em gestos, palavras, atos, escritos ou qualquer outro meio simbólico.⁶

Mediante tais condutas acima descritas, só a mulher poderia ser vítima de tal crime contra a liberdade sexual, posto que a cópula anal e outros atos libidinosos praticados contra homens, com violência ou grave ameaça, configuravam crimes de atentado violento ao pudor.

A atual sistemática o artigo 213 do Código Penal fala em “constranger alguém”, portanto não limita o sujeito ativo que poderá ser de ambos os sexos desde que cometa uma transgressão, mediante violência ou grave ameaça a liberdade sexual da vítima ou sujeito passivo que também poderá ser homem ou mulher.

Entende-se por liberdade sexual a autonomia, exercida com livre-arbítrio de escolha e de vontade, na forma de dispor de seu próprio corpo. Em outras palavras, seria a capacidade de agir perante seus próprios desejos, escolhendo seus parceiros e, mormente, a capacidade de opor-se, ou não, a realização de qualquer ato de natureza sexual. “A

⁴ JESUS, Damásio. **Direito penal parte especial**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3, p. 127.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, vol.4, 2007, p. 3.

⁶ Ibidem, p. 3.

preocupação aqui é assegurar ou garantir que a atividade sexual das pessoas seja exercida em condições de plena liberdade”.⁷

[...] lesão múltipla a bens jurídicos de crucial relevância, tais como a liberdade, a integridade física, a honra, a saúde individual e, em ultimo grau, a vida. O estuprador subjuga a vítima, a ponto de lhe tolher a liberdade de querer algo, ferindo-a ou ameaçando-a, além de lhe invadir a intimidade, por meio da relação sexual forçada, maculando sua autoestima e podendo gerar danos à sua saúde física e mental.⁸

Portanto, constata-se que diante da fusão do agora revogado crime de atentado violento ao pudor (art.214) ao novo crime de estupro (art.213), os sujeitos ativo e o passivo do referido crime, agora podem ser tanto o homem, como a mulher, logo, a conceituação do crime de estupro como conjunção carnal (introdução do membro genital masculino na vagina da mulher) mediante violência ou grave ameaça, cai por terra, pois, o crime para a ocorrência não depende exclusivamente da introdução do membro genital masculino na vagina da mulher, ocorrendo estupro, por exemplo, em caso de penetração anal ou praticando outro ato libidinoso.⁹

O crime que antes era bi-próprio (exigindo assim condição especial do sujeito ativo que somente poderia ser o homem, e do sujeito passivo que somente era a mulher), passou a ser crime comum, podendo ser praticado por homem ou mulher, bem como podendo ter como sujeito passivo o homem, a mulher e o transexual não importando se este tenha realizado a operação para mudança definitiva de suas características sexuais.¹⁰

1.2 Conceito de Atentado Violento ao Pudor

O extinto atentado violento ao pudor configura-se como crime sexual praticado por ato libidinoso diverso da conjunção carnal. O estupro tem como finalidade a

⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, vol III, p. 195.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 45/46. Nesse sentido: OLIVEIRA, Jádriel João Baptista de. **Código penal comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, p. 369.

⁹ SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. Disponível em: <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=567>>. Acesso em: 15 set. 11.

¹⁰ Ibidem.

cópula vaginal, já o antigo atentado violento ao pudor tinha como escopo a prática de atos de libidinagem, a satisfação da lascívia de outrem, independente da cópula.¹¹

Ou seja, para ser considerado atentado violento ao pudor deve haver uma pretensão por parte do agente de satisfazer os seus desejos sexuais, mediante a coação da vítima a prática do ato depravado, que necessariamente deve ser diferente da conjunção carnal, sendo imprescindível que ocorra o constrangimento ou a grave ameaça, ou seja, a vítima deve ser impedida de se defender.¹²

Insta salientar que não há a necessidade do contato físico entre o agente e a vítima para que a conduta descrita seja caracterizada, tendo em vista que há a possibilidade de ocorrer tal comportamento quando o agente, ameaça, obriga a vítima a masturbar-se ou tocar-se com intuito de contemplação lascivo.¹³

Tratava-se, portanto, de ato lascivo, voluptuoso, dissoluto, destinado ao desafogo da concupiscência. Alguns são equivalentes ou sucedâneos da conjunção carnal (coito anal, coito oral, coito inter-femora, cunnilingue, anilingue, heteromastubação).¹⁴

Oportuno ressaltar que, ao contrário do que acontece no estupro, o atentado violento ao pudor pode ser praticado por pessoa de ambos os sexos, já que o sujeito ativo ou passivo pode ser homem ou mulher, em relações heterossexuais ou homossexuais.¹⁵

Incumbe salientar a distinção entre ato de libidinagem, ato libidinoso e conjunção carnal, por se tratarem de termos técnicos que necessitam de uma melhor abordagem.¹⁶

¹¹ GUSMÃO, Chrysolito. **Dos crimes sexuais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 165.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol.4, p. 13.

¹³ Ibidem, p. 13.

¹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 425.

¹⁵ Ibidem, p. 422.

¹⁶ Ibidem.

A conjunção carnal, elementar do crime de estupro, de posse sexual mediante fraude, é a cópula vaginal, ou: “introdução do genital masculino no genital feminino”.¹⁷

Os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, elementar do crime do antigo atentado violento ao pudor, são os atos que têm por finalidade a satisfação da lascívia de outrem sem que haja a necessidade da conjunção carnal. Atos que tenham por finalidade o prazer sexual.¹⁸

As figuras da conjunção carnal e ato libidinoso diverso são espécies do gênero atos de libidinagem que são os atos que têm como fim a satisfação da lascívia, mas que englobam as duas espécies. Destaca-se que os atos de libidinagem não têm como única finalidade a satisfação sexual, mas se manifesta na sensualidade, na depravação, no exagero.

1.3 Diferença entre Estupro e Atentado violento ao pudor

Em ambas as figuras, os bens jurídicos tutelados são a liberdade e a dignidade sexual do indivíduo, ou seja, o direito de dispor do próprio corpo e a faculdade que as pessoas têm de escolher livremente seus parceiros sexuais para a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso.¹⁹

Emiliano Borja Jiménez explana com exatidão o conceito de liberdade sexual:

Auto determinação no marco das relações sexuais de uma pessoa, como uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais.²⁰

Pois bem, apesar de as duas condutas tutelarem o mesmo bem jurídico, qual seja: a liberdade sexual, os dois institutos não se confundem, tendo em vista que, o estupro (antigo artigo 213, CP) se consumaria mediante a cópula vaginal, ou seja, pela penetração do

¹⁷ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 11.

¹⁸ Ibidem, p. 11.

¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 426.

²⁰ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. **Curso de política criminal**. Valência: Tirant lo blanch, p. 156.

pênis na vagina, logo e de acordo com essa lógica o estupro obviamente só poderia ser praticado pelo homem e a vítima só poderia ser a mulher.

O atentado violento ao pudor (antigo artigo 214, CP) se referia ao ato de constranger alguém mediante atos libidinosos, ou seja, sexo oral, coito anal, apalpar partes íntimas do corpo, sendo assim é considerável realçar que esses atos são diversos da conjunção carnal. Destarte, diferente do que acontece com o estupro, o delito de atentado violento ao pudor pode ser praticado ou sofrido por pessoas de ambos os sexos.²¹

1.4 Fusão entre os artigos 213 e 214 do Código Penal

As leis dos crimes contra a liberdade sexual tutelam a liberdade de cada indivíduo de dispor ou não de seu corpo para práticas sexuais de maneira que a lei não interfere nas relações sexuais tidas como normais, mas reprime completamente as condutas tidas como anormais consideradas graves que afetam a moral média da sociedade, nas palavras de Julio Fabbrini Mirabete:

A Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, tem por objetivo proteger no crime de estupro não a simples integridade física, mas a liberdade sexual tanto do homem quanto da mulher, ou seja, o direito de cada indivíduo de dispor de seu corpo com relação aos atos de natureza sexual, como aspecto essencial da dignidade da pessoa humana.²²

Com a nova lei, o crime de estupro passou a ser um crime comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa (homem contra mulher; homem contra homem; mulher contra homem; mulher contra mulher) e de forma livre, pois pode ser cometido através de conjunção carnal (introdução do pênis na vagina) ou por meio de qualquer outro ato libidinoso capaz de satisfazer a lascívia (a libido).²³

A inovação feita pela Lei nº 12.015 que entrou em vigor em 07 de agosto de 2009 resulta da fusão, com alteração de dois tipos previstos na redação original do Código Penal, o de estupro, definido no artigo 213, que incriminava o constrangimento da mulher à conjunção carnal, e o de atentado violento ao pudor, antes descrito no artigo 214, que punia o

²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal:** parte especial. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 425.

²² Idem. **Manual de direito penal:** parte especial. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 386.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual:** comentários à lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 16.

constrangimento de alguém, homem ou mulher, à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Anteriormente, o indivíduo que praticava o atentado violento ao pudor, ou seja, envolvia ato sexual diverso da cópula, por exemplo, acariciar as partes íntimas da pessoa, após havê-la subjugado de alguma forma – pelo emprego de arma ou por outro tipo de violência, ou ainda, quando a vítima do ato sexual forçado era do sexo masculino respondia pelo crime antes tipificado pelo já revogado dispositivo do artigo 213 do Código Penal. Porém, agora o atentado violento ao pudor e a conjunção carnal ficam restritos e fundidos no artigo 214, mas causam certa polêmica já que os dois comportamentos tutelam o mesmo bem jurídico. Entretanto, trata-se de condutas completamente diversas.²⁴

Questiona-se, então, se os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são considerados como concurso material ou crime continuado; se com a entrada em vigor da Lei nº 12.015, em 07 de agosto de 2009, houve a unificação dos comportamentos, ou se eles são considerados de diversas condutas delitivas, ou ainda se o artigo 69 do Código Penal, após a entrada em vigor da Lei nº 12.015, deixaria de ser diligente, e se é possível aplicá-lo ao atual crime de estupro e atentado violento ao pudor.²⁵

Embora, à primeira vista, pareça ter ocorrido a chamada *abolitio criminis* quanto ao crime de atentado violento ao pudor, expressamente revogado pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, na verdade, não podemos cogitar desse instituto pelo fato de que todos os elementos que integravam a figura típica do revogado artigo 214 do Código Penal passaram a fazer parte da nova redação do artigo 213 do mesmo diploma repressivo.²⁶

Assim, não houve descriminalização do comportamento até então tipificado especificamente como atentado violento ao pudor. Na verdade, somente houve uma modificação do *nomen júris* da aludida infração penal, passando, como dissemos, a chamar-se estupro o constrangimento levado a efeito pelo agente a fim de ter conjunção carnal, ou, também, a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.²⁷

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 16.

²⁵ Ibidem, p. 16.

²⁶ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial III. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 486.

²⁷ Ibidem, p. 486.

Aplica-se, na hipótese, o chamado princípio da continuidade normativo-típica, havendo, tão somente, uma migração dos elementos anteriormente constantes da revogada figura prevista no art. 214 do Código Penal, para o art. 213 do mesmo diploma repressivo.²⁸

1.5 Sujeito ativo e Sujeito passivo

Sujeito ativo, individualmente considerado, sob a ótica da redação anterior, somente podia ser o homem. Nesse período, já sustentávamos não haver impedimento que uma mulher pudesse ser coautora de estupro, diante das previsões dos artigos 22, 29 e 30, *in fine*, do CP.²⁹

Existia um enorme debate referente à alusão da mulher como agente ativo do tipo penal se partindo da mesma, diretamente, o constrangimento, para a prática de conjunção carnal, em relação a um homem. Havia na época, dois posicionamentos. O primeiro deles alegava que, nesse caso, a mulher responderia por constrangimento ilegal, disposto no art. 146 do Código Penal³⁰. Já o segundo posicionamento defendia que, o simples contato do pênis na vagina, já seria o aceitável para configurar um ato libidinoso, respondendo, portanto, por atentado violento ao pudor, do art. 214.³¹

Sendo assim, existia uma lacuna do legislador quanto a essa questão e por consequência disso, percebe-se uma atenuação na hipótese de estupro cometido por mulher contra homem, já que a primeira corrente era majoritária. Seria permitida a configuração do crime de atentado violento ao pudor apenas nos casos em que, além da conjunção carnal, outros atos libidinosos fossem praticados posteriormente a ela.³²

²⁸ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial III. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 486.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 4, p. 44.

³⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal**: parte especial. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008, vol. 3, p. 477.

³¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, vol. 3, p. 204.

³² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial: dos crimes contra os costumes e dos crimes contra a administração pública. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 3, p. 6.

A partir da nova Lei n. 12.015 simplificou-se essa questão controvertida, e o crime de estupro passou a ser um *crime comum*, podendo ser praticado ou sofrido, indistintamente, por homem ou mulher.³³

Portanto, o que a unificação das figuras do estupro e atentado violento ao pudor, no art. 213 do Código Penal, fez, foi romper paradigmas, convertendo o estupro em crime comum e, além disso, tentou evitar, dessa maneira, inúmeras controvérsias relativas também a esses tipos penais, por não haver uma posição segura dos nossos tribunais relativa à possibilidade de classificar como continuidade delitiva ou concurso material, quando há a reunião de ambas as condutas acima referidas.³⁴

Sujeito passivo, antes do advento da Lei n. 12.015, era somente a mulher virgem, ou não, recatada ou não, inclusive cônjuge ou companheira. O constrangimento ilegal empregado pelo marido para realizar a conjunção carnal à força, já sustentávamos, não constituía exercício regular de direito.³⁵

A liberdade sexual já era um direito assegurado a toda mulher, independentemente de idade, virgindade, aspecto moral ou qualquer outra qualificação/adjetivação que se possa imaginar, a despeito de respeitável orientação doutrinário/jurisprudencial em sentido contrário. No crime de estupro não se pode perquirir sobre a conduta ou honestidade pregressa da ofendida, podendo dele ser sujeito passivo até mesmo a mais vil, odiada ou desbragada prostituta. Assim, qualquer mulher pode ser vítima de estupro: honesta, prostituta, virgem, idosa etc., sempre que for obrigada à prática sexual contra sua vontade.³⁶

Mudou apenas no aspecto de que o homem, em qualquer circunstância, quando violentado, também é sujeito passivo do crime de estupro, a exemplo do que ocorria

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 4, p. 44.

³⁴ GENTIL, Plínio Antônio Britto; JORGE, Ana Paula. O novo estatuto legal dos crimes sexuais: do estupro do homem ao fim das virgens. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**. Ano X, nº 58, v.10, p. 19, Out/Nov 2009.

³⁵ Ibidem.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 45.

com o antigo crime de atentado violento ao pudor. Em outros termos, o crime de estupro pode ocorrer em relação heterossexual ou homossexual.³⁷

1.6 Modos de execução dos Crimes de Estupro e Atentado violento ao Pudor

Como já explanado, fica evidente que para ocorrer o estupro e o atentado violento ao pudor deve haver a violência ou grave ameaça por parte do executor perante a vítima. Ainda nesse contexto de violência, a força física, que é a *vis corporalis*, pode ser produzida pelo próprio vigor físico do agente, ou se preferir pode utilizar-se de outros meios, tais como fogo, gases, água, traumas psicológicos ou qualquer forma de coagir a vítima que leve o executor a realizar o seu escopo.³⁸

Já a grave ameaça, se restringe a uma violência meramente moral, é a chamada *vis compulsiva*, que não se utiliza da energia corporal, mas sim de força intimidativa, ou seja, alguma maneira que não seja física de impedir a resistência da vítima para que ela não haja de acordo com sua vontade e se sujeite ou não possa impedir que o anseio do agente seja realizado.³⁹

Grave ameaça deve constituir intimidação, a ameaça de um mal grave e sério, capaz de impor medo à vítima. O falta de valor da ação, nestes casos, é “juridicamente” superior, tanto que a violência é presumida. Ademais, o desvalor do resultado é o mesmo do crime praticado com violência real. O mal prometido, a título de ameaça, além de futuro e imediato, deve ser determinado, sabendo o agente o que quer impor.⁴⁰

O mal deve ser determinado, porque pelo fato dele ser indefinível e vago, não terá grandes efeitos coativos; é verossímil, ou seja, que se possa realizar, e não fruto de mera fanfarronice ou bravata; iminente, ou seja, suspenso sobre o ofendido: nem em passado, nem em futuro, quando, respectivamente, não teria força coatora, ou esta seria destituída do vigor necessário; deve ser inevitável, pois, caso contrário, se o ofendido puder evitá-lo, não

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol.4, p. 45.

³⁸ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 15.

³⁹ Ibidem, p. 15.

⁴⁰ Ibidem, p. 15.

haverá intimidação; e dependente da vontade do agente, já que, se depende da de outrem, perderá muito de sua inevitabilidade.⁴¹

Enfim, esses são requisitos que, em tese, a ameaça de mal ou dano graves deve apresentar. A enumeração não é taxativa, nem *numerus clausus*, podendo, no caso concreto, apresentar alguns requisitos e em outros não, sem desnaturar a gravidade da ameaça. Em outros termos, é indispensável que a ameaça tenha idoneidade intimidativa, isto é, que tenha condições efetivas de constranger a vítima.⁴²

Com o intuito de proteger o menor ou aquele que tem sua capacidade minorada, o nobre legislador instituiu, portanto, a violência presumida, que tem suas figuras definidas no artigo 224 do Código Penal vigente, *in verbis*: “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.⁴³

⁴¹ SARAIVA, Alexandre José Barros Leal. **Dos crimes contra a liberdade individual**. Disponível em <http://www.usinadeletras.com.br/exibelotexto.php?cod=4321&cat=Textos_Jur%EDdicos&vinda=S>. Acesso em: 2 out. 2011

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol.4, p. 48.

⁴³ BRASIL. Decreto-Lei N°. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. DOU de 03/01/41.

2 CONCURSO DE CRIMES

2.1 Concurso material

O concurso de crimes ocorre quando o mesmo sujeito o pratica, por meio de uma ou mais ações delitivas comissivas ou omissivas, dolosas ou culposas, consumadas ou tentadas, simples ou qualificadas e ainda entre crimes e contravenções, ou seja, tem como ponto principal a pluralidade de fatos e condutas tidas como criminosas.⁴⁴

Em meio aos sistemas propostos para a aplicação de pena no concurso de crimes existem as seguintes espécies: o concurso material (art. 69 CP), o concurso formal (art. 70 CP) e o crime continuado (art. 71 CP).

O concurso material ocorre quando há pluralidade de condutas e pluralidade de crimes. Conforme a rubrica do art. 69 do Código Penal:

Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.⁴⁵

Ocorre o concurso material quando o agente, mediante mais de uma conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. No concurso material há pluralidade de condutas e pluralidade de crimes. Quando os crimes praticados forem idênticos ocorre o concurso material homogêneo (dois homicídios) e quando os crimes praticados forem diferentes caracterizar-se-á o concurso material heterogêneo (estupro e homicídio).⁴⁶

Em outro giro, ocorre o concurso formal, ou ideal, quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes (art. 70, *caput*). Difere do concurso material pela unidade de conduta: no concurso material o sujeito comete dois ou

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal:** parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 525.

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 69.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto op.cit., p. 644.

mais crimes por meio de duas ou mais condutas; no concurso formal, com uma só conduta realiza dois ou mais delitos.⁴⁷

Ainda nesse diapasão, cita-se Patrícia Mothé Glioche Béze:

No concurso material, como determina o art. 69 do Código Penal, o agente, com mais de uma ação, omissão, pratica dois ou mais crimes, que podem ser idênticos ou não.

Os crimes idênticos são aqueles previstos no mesmo tipo penal e havendo concurso material de crimes idênticos, a doutrina o classifica como concurso material homogêneo.

Os crimes não idênticos são aqueles previstos em tipos penais diversos e, havendo o concurso material de crimes não idênticos, a doutrina o classifica como concurso material heterogêneo.

A consequência do concurso material é a soma das penas. Aplica-se, portanto, o sistema do cúmulo material.⁴⁸

Nesse contexto, cabe expor a interação que há referente ao concurso de crimes e sua aplicação diante dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, já que, na sistemática anterior, era comum que a doutrina e a jurisprudência discordassem acerca da possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre tais condutas.⁴⁹

Diante desse aspecto, cabe demonstrar, com o intuito de exemplificar, o seguinte precedente da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça anterior, à Lei nº 12.015/09, que considerou o concurso entre os crimes de estupro e atentado ao pudor como concurso material, tendo em vista que os referidos delitos não eram da mesma espécie, possuindo elementos nitidamente distintos:

Não se consubstanciando os atos libidinosos em *praeludia coiti*, ocorre crime de atentado violento ao pudor em concurso material com o estupro, não podendo, dessa forma, ser aplicada a regra insculpida no art. 71 do Código Penal, por serem crimes de espécies diversas. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

⁴⁷ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 1, p. 601.

⁴⁸ BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche. **Concurso formal e crime continuado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 66.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 87960/SP. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 22/06/2010, publicado no DJ de 27/09/2010. Disponível em 24/09/2010: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16804870/habeas-corpus-hc-87960-sp-2007-0177230-8-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 04 set. 2011.

Comprovada a reincidência, a sanção deverá ser sempre agravada. Deixar de aplicar o acréscimo referente a essa circunstância agravante, aduzindo, entre outras coisas, que tal instituto não se coaduna com a ordem constitucional vigente, ofende o art. 61, inciso I, do Código Penal, que endereça um comando ao aplicador da lei e não uma faculdade. [...]

Quanto à questão referente à continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, não há solução diversa da tradicionalmente adotada. Predomina, no caso, a antiga ensinança de Nelson Hungria para quem, não sendo o ato de libidinagem desvio da conjunção carnal classificável como *praeludia coiti*, haverá, entre este e o estupro, o concurso material e nunca o crime continuado. É que esses delitos são do mesmo gênero, mas não da mesma espécie. Aliás, entre a conjunção carnal, de um lado, e o sexo anal ou, ainda, o sexo oral, não se pode vislumbrar homogeneidade quanto ao modo de execução. E esse entendimento é pacífico no Colendo Supremo Tribunal Federal Precedentes.

3. No caso, o recorrido praticou, além da conjunção carnal, outro ato de libidinagem que não se ajusta aos classificados de *praeludia coiti*, sendo de se reconhecer, então, o concurso material entre o estupro e o atentado violento ao pudor, praticados contra a mesma vítima.⁵⁰

Destarte, com o caso referido em questão fica clara a aplicação do concurso material ao caso concreto e diferenciação que havia anteriormente à unificação do atentado violento ao pudor e do crime de estupro em um só tipo penal.

Deste modo, o concurso de crimes surgiu com o intuito de amenizar o rigor do sistema de cumulação de penas. Nesse contexto surgiu a figura do crime continuado, sendo considerado como uma atenuante do concurso material, portanto, uma ficção.⁵¹

2.2 Crime Continuado

O Crime continuado é uma ficção jurídica concebida em razão de política criminal, que considera que os crimes subsequentes devem ser tidos como continuação do primeiro, estabelecendo, em outros termos, um tratamento unitário a uma pluralidade de atos delitivos, determinando uma forma especial de puni-los.⁵²

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.080.909/RS (2008/0172445-1). Rel. Min. Laurita Vaz, publicado no DJ de 03/08/2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062975/recurso-especial-resp-1080909-rs-2008-0172445-1-stj/relatorio-e-voto>>. Acesso em: 04/09/2011.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 614.

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 645.

O autor Válter Kenji Ishida descreve que ocorre o crime continuado quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhanças, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro. Exemplo de crime continuado é a prática de vários furtos em um condomínio de luxo. Outro exemplo da continuação delitiva é o caso ocorrido da 23ª Vara Criminal da Capital de São Paulo: o réu é processado porque subtraiu em uma academia um veículo Tempra, depois de ter se passado por cliente em potencial para a recepcionista, minutos após, tentar subtrair outro veículo com o mesmo *modus operandi* em outra academia. Tempo: hora dos crimes próxima: às 20h30 min, 20h40min; lugar: academia; maneira: mesmo modo de agir: simula ser cliente e subtrai primeiro a chave e depois o veículo.⁵³

Ainda de acordo com o referido autor do parágrafo anterior existem duas teorias a respeito do crime continuado:

Teoria da ficção jurídica: embora na prática existam vários crimes, por ficção, considera-se como se existisse apenas um. Trata-se de um tratamento especial a uma espécie de concurso material. São partidários dessa teoria, Heleno Fragoso, Manoel Pedro Pimentel e Manzini (Guilherme de Souza Nucci, Manual de direito penal, p. 415);

Teoria da realidade: o crime continuado existe porque a ação pode se compor de vários atos. O CP adotou a primeira teoria (art. 71, *caput*).⁵⁴

Diversificam-se os elementos que integram o crime continuado e duas teorias a respeito do tema: a teoria objetivo-subjetiva, em que exige, além de elementos objetivos, elemento de ordem subjetiva: unidade de dolo, ou seja, intenção de chegar a tal fim pretendido; e a teoria puramente objetiva, em que se dispensa o elemento de caráter subjetivo e exige tão-somente as condutas continuadas.⁵⁵

De acordo com as teorias puramente objetivas, adotadas pelo Código Penal Brasileiro, Paulo José da Costa Junior diz que o crime continuado é integrado pelos seguintes elementos:

⁵³ ISHIDA, Válter Kenji. **Curso de direito penal: parte geral e especial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 194/195.

⁵⁴ Ibidem, p. 195.

⁵⁵ DAMASIO, E. de Jesus. **Direito penal – parte geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 605.

1º) Crimes da mesma espécie – Deverão ser entendidos não só aqueles previstos no mesmo dispositivo, como o conjunto de preceitos concernentes à lesão do mesmo bem jurídico. Haverá crimes da mesma espécie na forma simples e qualificada do delito; entre formas qualificadas diversas; entre a modalidade consumada e a tentada; na autoria simples e na coautoria; entre crimes culposos, ou entre crimes culposos e dolosos.

“Crimes da mesma espécie não são os descritos na mesma disposição de lei, mas os que têm unidade de regra preceptiva, isto é, os que atacam ou expõem a perigo de dano o mesmo interesse jurídico” (RT, 494:363).

2º) Pluralidade de condutas – O crime continuado exige “mais de uma ação ou omissão”.

3º) Interligação das condutas por circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução e outras semelhantes – O conjunto dessas circunstâncias exteriores comuns, que são aparentes, perceptíveis, objetivas, é que configura a continuidade criminosa. Isoladamente, nenhuma circunstância é decisiva.⁵⁶

É importante conceituar e definir de maneira clara o concurso material e o crime continuado, afinal é de grande relevância para a melhor aplicação ao caso concreto, pois influenciará na pena a ser cumprida pelo sujeito ativo.

É conexo citar o comentário de Fernando Capez:

já o crime continuado do art. 71 do CP é aquele no qual o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, os quais, pelas semelhantes condições de tempo, lugar, modo de execução e outras, podem ser tidos uns como continuação dos outros. Lembra Bettiol que suas origens políticas se encontram indubitavelmente em favor rei, o que levou os juristas medievais a considerar como furto único uma pluralidade de furtos, para assim evitar as conseqüências draconianas que de outra forma adviriam, uma vez que se aplicava a pena de morte contra quem cometesse três furtos, ainda que de pequeno valor.⁵⁷

Cabe destacar a distinção entre os dois tipos penais que a ilustre autora Patrícia Béze de maneira objetiva e pontual faz:

quanto aos requisitos, assemelha-se o crime continuado ao concurso material, porque as condutas que compõe o crime continuado são ações ou omissões que, vistas isoladamente e objetivamente, são crimes perfeitos, como no concurso material. A diferença existente encontra-se no fato de que,

⁵⁶ COSTA JR., Paulo José da. **Curso de direito penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 271.

⁵⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 510.

nesse tipo de concurso, os elementos que compõem apresentam uma relação de continuidade que não existe no concurso material.⁵⁸

Por conseguinte, a consequência do concurso material é a aplicação cumulativa das penas privativas de liberdade em que haja incorrido e do crime continuado a aplicação da pena de um só dos crimes, se as práticas forem idênticas, a pena será aumentada de um sexto a dois terços, aplicação mais grave das penas. Se diversas, será aumentada de um sexto a dois terço, já nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, haverá aplicação da pena de um só dos crimes, se idênticas será aumentada até o triplo.⁵⁹

2.3 Diferença entre a Lei anterior (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal) e a Lei nova (Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)

A nova Lei nº 12.015 que entrou em vigor em 07 de agosto de 2009 resulta da fusão, com alteração de dois tipos previstos na redação original do Código Penal, o de estupro, definido no artigo 213, que incriminava o constrangimento da mulher à conjunção carnal, e o de atentado violento ao pudor, antes descrito no artigo 214, que punia o constrangimento de alguém, homem ou mulher, à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

A fundamental diferença foi o agrupamento do crime de estupro com o extinto atentado violento ao pudor, com isso, todo e qualquer ato libidinoso se transforma em estupro. O art. 213, trás a denominação “estupro” para qualquer ato libidinoso que seja praticado através de violência ou grave ameaça, por isso, qualquer pessoa pode ser sujeito passivo ou ativo de um crime de estupro. O referido artigo foi acrescido de dois parágrafos que somaram ao crime duas qualificadoras; se o crime for cometido contra maior de 14 anos e menor de 18 anos e/ou resulta lesão grave, e se resulta em morte. Outras consideráveis alterações, foram os artigos 217-A, 218, 218-A e 218-B, que se referem, respectivamente, aos crimes de estupro de vulnerável, corrupção de menores, satisfação de lascívia mediante a

⁵⁸ BEZÉ, Patrícia Mothé Gliocche. **Concurso formal e crime continuado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 117.

⁵⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, vol. 1, p. 593/603.

presença de criança ou adolescente e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, já visando o aumento dos crimes sexuais contra crianças.⁶⁰

Diante de tal contexto, cabe mencionar alguns trechos da matéria publicada em janeiro de 2010 na Revista Jurídica Consulex pelo promotor de Justiça aposentado Fernando Tourinho Filho:

Tínhamos, ao lado do estupro, o atentado violento ao pudor. Aquele definido no art. 213 e este no art. 214. Hoje, o art. 214 encontra-se revogado e o seu texto acrescido ao do art. 213, dando origem a duas condutas com o *nomem juris* de estupro. Assim a pena cominada àquele que com violência passa a mão nas partes pudendas de alguém é a mesma cominada àquele que constrange alguém (não é apenas a mulher, mas o homem também, como sugeria Magalhães Noronha, *Direito Penal*, v. 3 p. 110), mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal, coito anal ou à *immissio penis in os ou fellati in ore*. [...]

O nosso art. 213, parece-nos, tornou-se uma aberração, tratando com igualdade situações desiguais. A doutrina já começa a indagar se constitui um só crime ou dois o fato de alguém, mediante violência, após o coito anal manter, logo em seguida, cópula vaginal. Haveria unidade delitual? Há, atualmente, no corpo do art. 213 duas condutas: “o constranger alguém mediante violência ou grave ameaça à conjunção carnal” e “o constranger alguém a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. O núcleo o mesmo: “constranger”. A nosso juízo, os atos de lascívia praticados por força de desordenado apetite sexual que podem preceder à conjunção carnal, inclusive o *cunnilingus*, todos eles, incluindo o coito vaginal, formam uma só e única figura delitual, visto que os desígnios guardam a mesma homogeneidade. Tudo se entrelaça, tudo se reúne no mesmo contexto do depravado, do licencioso...E se, após ou antes do coito vaginal, o agente obriga a vítima a ser *fellator* ou com ela comete coito anal? Haverá concurso de crimes? [...]

Analisando o art. 213 do Código Penal, observamos que se trata de tipo misto alternativo. É indiferente para o mundo fenomênico que o agente cometa uma só conduta ou as duas. O núcleo verbal de ambas está em “constranger” (constranger à conjunção carnal e constranger alguém a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso). Se houver apenas o coito (vagínico ou anal) violento, haverá estupro. Se for tão somente outro ato libidinoso cometido com violência, ainda haverá estupro. E se o agente, perdido na sua escomunal luxúria, praticar ambas as condutas? O crime é o mesmo, como é o mesmo crime o importar, o transportar, o guardar e, após, vender a substância entorpecente. [...]⁶¹

⁶⁰ VILAÇA, Alessandra. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/lei-12015-09-principais-mudancas-em-materia-de-crime-contra-a-dignidade-sexual/>>. Acesso em: 25 ago. 11.

⁶¹ TOURINHO FILHO, Fernando. Crimes contra a liberdade sexual em face da nova lei. **Revista Jurídica Consulex**. Ano XIV, nº 313, v.14, p. 60-62, 31 Jan. 2010.

Há modificações resolvem, de uma vez por todas, temas que geravam controvérsia. As mais relevantes modificações são: a alteração do tipo penal estupro, inovando com a possibilidade de o homem figurar como sujeito passivo, e abrangendo, na mesma figura, a conduta antes definida como crime de atentado violento ao pudor; a revogação da presunção de violência e, em contrapartida, o surgimento de tipos penais autônomos para vítimas agora tidas como vulneráveis; a mudança condicionada, e o segredo de justiça para todos os crimes contra a dignidade sexual.⁶²

Interessante modificação envolve a definição legal do crime de estupro, que se mantém no art. 213 do Estatuto Penal, conserva a mesma rubrica, mas sofre importantes alterações. A infração passa a abranger, em uma mesma figura, não só a conduta de constranger alguém e principalmente de não mais somente a mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, como também aquela conduta antes inscrita no tipo descrito no revogado art. 214, que se refere ao atentado violento ao pudor. Tornou-se solucionável, e típica, aquela academia e hipotética situação em que um homem, mediante violência ou grave ameaça, fosse constrangido à conjunção carnal. Inexistia tipo penal adequado a tal conduta, pois inaplicável o antigo art. 214, já que não se tratava de ato diverso da conjunção carnal e, sim, da própria conjunção carnal; e era igualmente aplicável a anterior figura do estupro, que exigia que o constrangimento fosse contra a mulher.⁶³

2.4 Conseqüências da modificação do tipo penal

A fusão dos artigos 213 e 214 têm provocado polêmica doutrinária a respeito da existência de crime único ou concurso de crimes quando o sujeito, no mesmo contexto fático, constranger a vítima a realizar com ele a conjunção carnal e outro ato libidinoso, dela desvinculado (como o coito anal).⁶⁴

Antes do advento da Lei n.º 12.015, de 2009, não havia dúvida alguma de que o crime de estupro podia ser praticado em concurso com o revogado atentado violento ao pudor, desde que os atos libidinosos praticados não fossem daqueles que precediam ao coito

⁶² GENTIL, Plínio Antônio Britto; JORGE, Ana Paula. O novo estatuto legal dos crimes sexuais: do estupro do homem ao fim das virgens. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal.** Ano X, nº 58, v.10, p. 7, Out/Nov 2009.

⁶³ GENTIL, Plínio Antônio Britto; JORGE, Ana Paula. O Novo Estatuto Legal dos Crimes Sexuais: Do Estupro do Homem ao Fim das Virgens. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal.** Ano X, nº 58, v.10, p. 8, Out/Nov 2009.

⁶⁴ JESUS, Damásio de. **Direito penal:** parte especial. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 3, p. 135.

normal. Assim, o coito anal, praticado com a mesma vítima, antes ou depois da cópula normal, constituía-se em crime autônomo, em concurso com o estupro, não podendo ser absolvido por este. A lei vigente, contudo, não ampara semelhante interpretação, visto que a conjunção carnal forçada e os demais atos libidinosos realizados sem o consentimento, em razão do emprego de violência ou grave ameaça, passaram a integrar a mesma figura típica (art. 213).⁶⁵

Para André Estefam:

a mais marcante dentre as consequências resultantes da fusão dos arts. 213 e 214 reside em que o ato de constranger mulher, mediante violência ou grave ameaça, no mesmo contexto fático, a se submeter à conjunção carnal e a outro ato libidinoso (a esta não vinculado, como o coito anal ou oral), deixou de gerar concurso (material) de crimes, tornando-se crime único.⁶⁶

É relevante anotar que predominava o entendimento no sentido de que, por se tratarem de delitos de espécies distintas, haveria obrigatoriamente concurso material ou real disposto no artigo 69 do Código Penal; isto é, o autor do fato ficava sujeito a uma pena mínima de 12 anos, resultado da soma dos pisos das sanções dos artigos 213 e 214, na redação anterior.⁶⁷

Nesse ponto a alteração é benéfica e deverá retroagir, atingindo todos os fatos anteriores à vigência da Lei, até mesmo aqueles já alcançados por decisão transitada em julgado (CF, art. 5.º, XL e CP, art. 2.º).⁶⁸

Para Vicente Greco Filho, todavia, há concurso de infrações. Argumenta o autor que:

[...] (o) tipo do art. 213 é daqueles em que a alternatividade ou cumulatividade são igualmente possíveis e que precisam ser analisadas à luz dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção, incluindo-se neste o da progressão. Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte,

⁶⁵ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte especial. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 3, p. 135.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem, p. 136.

igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexos causal, teremos, então delitos autônomos.⁶⁹

Já na concepção de Damásio de Jesus, admite-se a continuação quando se trata do mesmo sujeito passivo. Tratando-se vítimas diversas e distintas e lesando o estupro interesses jurídicos pessoais, é da opinião de que não se poderá aceitar a figura do crime continuado. Com a reforma penal de 1984, contudo, não há mais essa questão, uma vez que o artigo 71, parágrafo único, do Código Penal expressamente admite a continuação na hipótese em que os delitos componentes do nexo de continuidade atingem bens pessoais. Como exemplo da primeira hipótese, suponhamos que determinado indivíduo, ameaçando uma senhora casada de lhe causar mal grave, a constranja à conjunção carnal. Depois disso, ainda sob ameaça, a obrigue a numerosos outros encontros, possuindo-a diversas vezes. Nesse caso, estaremos diante do estupro continuado.⁷⁰

Ainda nesse *lamiré*, cita-se Rogério Greco:

Anteriormente à edição da Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009, que revogou o delito de atentado violento ao pudor, tipificado no art. 214 do Código Penal, quando o agente, que tinha por finalidade levar a efeito a conjunção carnal com a vítima, viesse, também, a praticar outros atos libidinosos, a exemplo do sexo anal e felação, deveria responder por ambas as infrações penais, aplicando-se a regra do concurso de crimes.

Hoje, após a referida modificação, nessa hipótese, a lei veio beneficiar o agente, razão pela qual se, durante a prática violenta do ato sexual, o agente, além da penetração vaginal, vier a também fazer sexo anal com a vítima, os fatos deverão ser entendidos como crime único, haja vista que os comportamentos se encontram previstos na mesma figura típica, devendo ser entendida a infração penal como de ação múltipla (tipo misto alternativo), aplicando-se somente a pena cominada no art. 213 do Código Penal, por uma única vez, afastando, dessa forma, o concurso de crimes.

Em sentido contrário, posicionando-se favoravelmente ao reconhecimento do tipo misto cumulativo, e, conseqüentemente, à possibilidade de se reconhecer o concurso de crimes caso o agente venha a ter conjunção carnal com a vítima, bem como a praticar outro ato libidinoso, Abrão Amisy Neto assevera que: “a alteração legislativa buscou reforçar a proteção do bem jurídico e não enfraquece-lo; caso o legislador pretendesse criar um tipo de ação única ou misto alternativo não distinguiria ‘conjunção carnal’ de ‘outros atos libidinosos’, pois é notório que a primeira se insere no conceito do segundo, mais abrangente. Portanto, bastaria que tivesse redigido o tipo penal da seguinte maneira: ‘ Art. 213. Constranger alguém, mediante

⁶⁹ JESUS, Damásio de. *apud* GRECO FILHO, Vicente. **Direito penal**: parte especial. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 3, p. 136.

⁷⁰ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte especial. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 3, p. 136.

violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso'. Visível, portanto, que o legislador, ao continuar distinguindo a conjunção carnal dos 'outros atos libidinoso', não pretendeu impor única sanção em caso de condutas distintas" [...]

Assim, concluindo, embora o art. 213 do Código Penal preveja um tipo misto alternativo, tal fato não impede de se visualizar, no caso concreto, a hipótese de crime continuado.⁷¹

Uma corrente seguida por Damásio de Jesus e Rogério Grecco, por exemplo, entende que crimes de estupro e atentado violento ao pudor poderão ser considerados crimes continuados. Já outra corrente representada por Vicente Greco Filho aduz que não há de se falar em crime único em relação aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, tendo em vista que são diversas as condutas delitivas. Por isso, deverão ser classificados como sendo de concurso material. Portanto, não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou, já que o estupro, mediante conjunção carnal absorve o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela.⁷²

Os autores que defendem a corrente de crime cumulado também se fundamentam, ainda, na gravidade da conduta, bem como na proporcionalidade da pena e na dignidade da pessoa humana, num olhar voltado única e exclusivamente para a vítima⁷³. Levam em consideração, ainda, que os agentes do referido tipo penal "têm a tendência a reincidir" e, diante disto, devem ter uma sanção mais pesada.⁷⁴

Os doutrinadores, como Luis Regis Prado, Guilherme de Souza Nucci e Nelson Hungria, são adeptos da teoria da absorção, ou seja, se o ato libidinoso diverso da conjunção carnal for praticado como prelúdio do coito existe a absorção de um crime pelo

⁷¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial III. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 475/477.

⁷² GRECO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade (sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual). **Revista do TRF da 1ª Região**, v. 21, n. 11, nov. 2009.

⁷³ Nesse diapasão sustenta o Exmo. Sr. Ministro Felix Fisher, em seu voto vencedor no HC 87.960/SP: "A meu ver, tal entendimento enfraquece, e muito, a proteção que deve ser dispensada ao bem jurídico tutelado (liberdade sexual). Trata-se de crime hediondo que, em sua esmagadora maioria, deixa marca indelével em suas vítimas, merecendo a devida atenção e repressão por parte do Estado". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 87.960/SP. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Publicado no DJ 27/09/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16804870/habeas-corpus-hc-87960-sp-2007-0177230-8-stj>>. Acesso em: 06 jul. 2011.

⁷⁴ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 146.

outro. No entanto, caso seja praticado de forma autônoma, independente da conjunção carnal ocorre, assim, o concurso material.⁷⁵

Na interpretação de Julio Fabbrini Mirabete:

descrevendo o art. 213 um tipo misto cumulativo, é possível o concurso de crimes no estupro quando o agente constrange a vítima tanto à conjunção carnal como à prática de atos libidinosos. Se os atos libidinosos não passam de meros atos preparatórios para a cópula violenta, esta absorve os primeiros, caracterizando-se crime único. Quando, porém, além da conjunção carnal, o agente pratica atos libidinosos que não sejam simples prelúdio da cópula (cópula anal ou oral, introdução de objetos etc.), responderá por mais de um crime de estupro em concurso ou continuidade delitiva apesar das opiniões em contrário. Praticados somente atos libidinosos, mas autônomos, em momentos diversos, um após a consumação do outro, não há crime único, mas concurso de infrações, podendo-se reconhecer, conforme o caso, a continuidade delitiva. O mesmo ocorre na repetição de conjunção carnal contra a mesma vítima. Entendendo-se, porém, tratar-se de tipo alternativo, haverá crime único, ainda que praticada mais de uma conduta.

Discute-se diante das alterações promovidas pela Lei nº 12.015/2009, a possibilidade da continuidade no estupro quando praticadas formas de condutas distintas, ou seja, quando a vítima é submetida à conjunção carnal e à prática de outros atos libidinosos.

Na vigência da lei anterior, que punia as condutas como crimes distintos, a jurisprudência não era pacífica, mas prevalecia a orientação de negar a continuação entre o estupro e o atentado violento ao pudor por não serem crimes da mesma espécie, pois, enquanto neste a lei protegia a própria inviolabilidade carnal, naquele o bem jurídico objeto da tutela penal era a liberdade sexual no sentido estrito. Havia, porém, ponderável corrente jurisprudencial no sentido de admitir a continuidade delitiva quanto a tais delitos, sob o fundamento de que não se podia negar que, embora definidos em artigos diferentes, estupro e atentado violento ao pudor eram crimes da mesma espécie, por se tratar de satisfação de seu instinto sexual, violando a liberdade sexual da vítima. Na lei vigente, ambas as condutas estão descritas no mesmo tipo penal e constituem modalidades de estupro, e, assim, com maior razão se deve admitir a continuidade delitiva.⁷⁶

Não obstante, atualmente, cabe ressaltar que para alguns autores não há que se falar em espécies diferentes para o caso em questão, visto que apesar da interpretação dada (tipo misto alternativo ou cumulativo), as figuras apresentadas no dispositivo giram em torno

⁷⁵ HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, vol. 8, p. 118/119.

⁷⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 398.

de um único verbo, “constranger”, caracterizando-as como crimes de uma mesma espécie, ainda que autônomos.⁷⁷

Fernando Capez defende que o agente pode vir a praticar ato libidinoso antes de praticar o estupro. Em seu entendimento pode ocorrer duas hipóteses, a primeira é que o sujeito pode praticar o ato libidinoso através de “carícias preliminares” em que estejam no contexto do estupro, ou seja, seria um ato preparatório para a conjunção carnal, sendo, então, o ato libidinoso absorvido por esse delito.⁷⁸

Capez explica que quando os atos praticados são feitos como um meio necessário para o fim desejado, ou seja, os atos libidinosos diverso da conjunção carnal ocorreram como preparação para o estupro, o menos grave é absorvido, isso com base no princípio da absorção.⁷⁹

Outra hipótese considerada é quando o agente pratica o ato libidinoso independente da conjunção carnal. Age com intuito de satisfazer a sua lascívia novamente. Normalmente acontece quando o sujeito teve com a vítima a conjunção carnal e depois a submete ao coito anal ou oral, por exemplo. Desse modo, verifica-se a independência entre ambos os crimes.⁸⁰

No escólio de Heleno fragoso, o estupro concorre com o atentado violento ao pudor caso haja a prática do ato libidinoso fora da *praeludia coiti*, ou seja autônomo, havendo concurso material entre os delitos.⁸¹

Na interpretação de Damásio de Jesus:

o crime de estupro pode ser praticado em concurso com o atentado violento ao pudor, desde que os atos libidinosos praticados não sejam daqueles que precedem ao coito normal. Assim, o coito anal, praticado com a mesma vítima, antes ou depois da cópula normal, se constitui em crime autônomo, em concurso com o estupro, não podendo ser absorvido por este.⁸²

⁷⁷ MIRABETE. Júlio Fabbrini. e FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 388.

⁷⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13.

⁷⁹ Ibidem, p. 13.

⁸⁰ Ibidem, p. 13.

⁸¹ Ibidem, p. 13.

⁸² JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte especial**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 3, p. 100.

Cabe ressaltar, o entendimento no voto do Ministro da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça Felix Fischer, que, em julgado de *Habeas Corpus*, em junho de 2010, fez a seguinte reflexão: “A primeira investigação que deve ser procedida, refere-se à natureza do novel tipo legal. Abrem-se dois caminhos: seria ele um tipo misto alternativo, ou seria um tipo misto cumulativo (ou acumulado)”.⁸³

O Ministro acredita ser oportuno definir preliminarmente os tipos mistos em questão para melhor análise, faz-se oportuno transcrever, quanto ao tema, a lição de Heleno Cláudio Fragoso:

Os tipos mistos alternativos são muito numerosos. Correspondem a casos em que o legislador incrimina da mesma forma, alternativamente, hipóteses diversas do mesmo fato, todas atingindo o mesmo bem ou interesse, a todas atribuindo o mesmo desvalor. A alternativa pode dar-se em relação à conduta (ex. art. 211: "destruir, subtrair ou ocultar"); em relação ao modo de execução (ex. art. 121, § 2º, nº IV: "à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou tome impossível a defesa da vítima"); em relação ao objeto material (ex. art. 234: "escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno"); em relação aos meios de execução (ex. art. 136: "quer privando-a de alimentação, ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina"); em relação ao resultado material da ação (ex. 129, § 2º, nº III: "perda ou inutilização"); em relação à circunstância de tempo (ex. art. 123: "durante o parto ou logo após"); em relação a circunstâncias de lugar (ex. art. 233: "lugar público, ou aberto ou exposto ao público"); em relação à condição do agente (ex. art. 177, § 1º, nº I: "o diretor, o gerente ou o fiscal"); em relação à condição do sujeito passivo (ex. art. 175: "adquirente ou consumidor"); em relação a quaisquer outras circunstâncias do fato (ex. art. 168: "posse ou detenção"; art. 160: "contra a vítima ou contra terceiros" etc.). Apresenta o tipo misto alternativo, realmente, um conteúdo variável, porque descreve não uma, mas várias hipóteses de realização do mesmo fato delituoso. O característico destes tipos é que as várias modalidades são fungíveis, e a realização de mais de uma não altera a unidade do delito. Isto não ocorre com os chamados tipos cumulativos. Esta designação é evidentemente imprópria: não há tipos cumulativos. Há disposições legais que contêm, independentemente, mais de uma figura típica de delito, ou seja, nas quais há tipos acumulados. Nestes casos, haverá sempre concurso, em caso de realização de mais de um tipo. São exemplos de leis mistas cumulativas os arts. 135, 180, 208, 242, 244, 21-8, 326.⁸⁴

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 87960/SP. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 22/06/2010, publicado no DJ de 27/09/2010. Disponível em 24/09/2010: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16804870/habeas-corpus-hc-87960-sp-2007-0177230-8-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 04 set. 2011.

⁸⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio in **Lições de direito penal - parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 193/194.

(grifos aditados).⁸⁵

Destaca-se, por oportuno, a diferenciação feita por James Tubenchlak acerca dos tipos cumulativos e acumulados:

No tipo misto alternativo, o agente responderá por um só crime tanto se perfizer uma conduta dentre as enunciadas alternativamente quanto na hipótese de vulnerar mais de um núcleo. Exemplos: os tipos dos arts. 122 CP ("induzir", "instigar" ou "auxiliar"), 150 CP ("entrar" ou "permanecer"), 160 CP ("exigir" ou "receber"), 161 CP ("suprimir" ou "deslocar"), 163 e 165 CP ("destruir", "inutilizar" ou "deteriorar") e ainda o tipo do art. 12 da Lei n.º 6.368/76 ("importar", "exportar", "remeter", "preparar", "produzir", "fabricar", "adquirir", "vender", "trazer consigo" etc.). Com relação ao tipo do delito de receptação dolosa (art. 180, caput CP), trata-se também de tipo misto alternativo; o agente que receber ou adquirir, em proveito próprio ou alheio, objeto que sabe ser produto de crime e depois ocultá-lo, terá cometido, apenas, um delito de receptação (cf., em contrário, Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., págs. 173/174, onde o autor sustenta, outrossim, entendimento diverso sobre os tipos mistos). No tipo misto cumulativo, onde igualmente existe mais de um núcleo, torna-se obrigatória a multiplicidade de condutas por parte do agente para que o delito se tenha por consumado. Exemplos: art. 242 CP ("ocultar suprimindo ou alterando") e art. 243 CP ("deixar ocultando-lhe ou atribuindo-lhe"). Assim, na hipótese referida de supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascidos, o crime permanecerá em fase de tentativa, se o agente, depois de ocultar o neonato, não lograr a alteração ou supressão de direito inerente ao estado civil.

Em alguns dispositivos legais, constata-se um agrupamento de tipos que, à primeira vista, se supõe tratar-se de um tipo misto cumulativo, quando, na verdade, não passam de "tipos acumulados" (Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., pág. 174). Exemplos: arts. 135, 171, § 2.º, 175, 177, § 1.º, 187, 208 e 248 CP; art. 4.º da Lei n.º 4.898/65, que revogou parcialmente o art. 350 CP. Aqui, obviamente, haverá somatório de penas se mais de uma conduta for praticada" (in "Teoria do Crime – O estudo do crime através de duas divisões" Editora Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 34/35).⁸⁶

A hipótese em exame caracteriza um tipo misto cumulativo, na classificação cunhada por James Tubenchlak, tipo acumulado, no que se refere aos atos de penetração. Ou seja, dois tipos legais estão contidos em uma única descrição típica. Desse modo, constranger alguém à conjunção carnal não será o mesmo que constranger à prática de outro ato libidinoso

⁸⁵ FRAGOSO *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 87960/SP. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 22/06/2010, publicado no DJ de 27/09/2010. Disponível em 24/09/2010: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16804870/habeas-corpus-hc-87960-sp-2007-0177230-8-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 04 set. 2011.

⁸⁶ TUBENCHLAK *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 87960/SP. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 22/06/2010, publicado no DJ de 27/09/2010. Disponível em 24/09/2010: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16804870/habeas-corpus-hc-87960-sp-2007-0177230-8-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 04 set. 2011.

de penetração, sexo oral ou anal, por exemplo. Destarte, entende-se que não se revela admissível reconhecer a fungibilidade, que é característica dos tipos mistos alternativos, entre as diferentes formas de penetração. Isso poderá ocorrer com o reconhecimento da fungibilidade entre os demais atos libidinosos que não de penetração, a depender das peculiaridades do caso concreto.⁸⁷

Em suma, para o Ministro Felix Fischer a realização de diversos atos de penetração distintos da conjunção carnal implica o reconhecimento de diversas condutas delitivas, não havendo que se falar na existência de crime único, haja vista que cada ato - seja conjunção carnal ou outra forma de penetração - esgota, de per se, a forma mais reprovável da incriminação.⁸⁸

Diante de tal exposição do entendimento do nobre julgador Ministro Felix Fischer, cabe transcrever a ementa do voto-vencedor proferido pelo mesmo no Habeas Corpus nº 87.960 – SP, de relatoria do também Ministro da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça Arnaldo Esteves Lima, que trata de habeas corpus impetrado em favor de Edmilson Ribeiro Nogueira, condenado à pena total de 20 anos de reclusão e pagamento de 12 dias-multa pela prática dos crimes dos arts. 157, caput, 213, caput, e 214, todos na forma do art. 69 do CP:

PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LEI Nº 12.015/2009. ARTS. 213 E 217-A DO CP. TIPO MISTO ACUMULADO. CONJUNÇÃO CARNAL. DEMAIS ATOS DE PENETRAÇÃO. DISTINÇÃO. CRIMES AUTÔNOMOS. SITUAÇÃO DIVERSA DOS ATOS DENOMINADOS DE PRAELUDIA COITI. CRIME CONTINUADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

I - A reforma introduzida pela Lei nº 12.015/2009 unificou, em um só tipo penal, as figuras delitivas antes previstas nos tipos autônomos de estupro e atentado violento ao pudor. Contudo, o novel tipo de injusto é misto acumulado e não misto alternativo.

II - Desse modo, a realização de diversos atos de penetração distintos da conjunção carnal implica o reconhecimento de diversas condutas delitivas, não havendo que se falar na existência de crime único, haja vista que cada

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 87960/SP. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 22/06/2010, publicado no DJ de 27/09/2010. Disponível em 24/09/2010: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16804870/habeas-corpus-hc-87960-sp-2007-0177230-8-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 04 set. 2011.

⁸⁸ Ibidem.

ato - seja conjunção carnal ou outra forma de penetração - esgota, de per se, a forma mais reprovável da incriminação.

III - Sem embargo, remanesce o entendimento de que os atos classificados como praeludia coiti são absorvidos pelas condutas mais graves alcançadas no tipo.

IV - Em razão da impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a prática de conjunção carnal e atos diversos de penetração, não há como reconhecer a continuidade delitiva entre referidas figuras.

Ordem denegada.⁸⁹

Confira-se a Ementa do voto vencido do Ministro relator Arnaldo Esteves Lima, no intuito de uma breve comparação, tendo em vista que o caso em questão é completamente apropriado para esclarecer e demonstrar os fundamentos e divergências a respeito da polêmica ainda presente mesmo após a entrada em vigor da Lei 12.015/09 em torno da classificação em concurso material ou crime continuado referente à pluralidade de condutas diante de crimes onde há presença da conjunção carnal e atentado violento ao pudor:

PENAL. HABEAS CORPUS ROUBO, ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR EM CONCURSO MATERIAL. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA EM RELAÇÃO AOS CRIMES DOS ARTS. 213 E 214 DO CP. LEI 12.015/09. CRIME ÚNICO. CONDUTAS PRATICADAS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A reforma trazida pela Lei 12.015/09 condensou num só tipo penal as condutas anteriormente tipificadas nos arts. 213 e 214 do CP, constituindo, hoje, um só crime o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

2. Na sistemática anterior, a doutrina e a jurisprudência divergiam acerca da possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

3. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na esteira do tradicional entendimento do Supremo Tribunal Federal, negava a aplicação da ficção jurídica em favor de agentes condenados pelos crimes dos arts. 213 e 214 do CP, tendo em vista que os referidos delitos não eram da mesma espécie,

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 87960/SP. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 22/06/2010, publicado no DJ de 27/09/2010. Disponível em 24/09/2010:<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16804870/habeas-corpus-hc-87960-sp-2007-0177230-8-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 04 set. 2011.

possuindo elementos subjetivos e objetivos nitidamente distintos. Nesse sentido: HC 63.601/SP; HC 128.989/SP; REsp 1.080.909/RS.

4. A reforma procedida permitiu reconhecer-se a continuidade delitiva em favor de agente condenado, na vigência da lei anterior, aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, desde que atendidos os requisitos do art. 71 do CP, em observância ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

5. O caso concreto não se cinge ao reconhecimento da continuidade delitiva, uma vez que a incidência do art. 71 do CP ocorre nas hipóteses em que os diversos crimes praticados o são em circunstâncias distintas, mas que pelas "condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro". Na hipótese vertente, as condutas foram praticadas no mesmo contexto fático.

6. "Se o ato libidinoso diverso da conjunção carnal não configura elemento constitutivo, conduta inicial ou meio para a realização do crime de estupro, deve o agente responder por este e pelo crime de atentado violento ao pudor. Nesse caso, por se tratar de crimes de espécies diferentes, aplica-se a regra do concurso material (art. 69 do CP), ainda que cometidos contra a mesma vítima. Precedentes deste Tribunal e do STF" (EResp 453.884/DF).

7. O Juízo sentenciante, ao entender pela absorção do crime de atentado violento ao pudor pelo de estupro, julgou no sentido da atual sistemática, restando reconhecida a prática de crime único.

8. Ordem concedida para restabelecer a sentença condenatória nos termos em que proferida.⁹⁰

Portanto, os argumentos utilizados para considerar a pluralidade de condutas referente aos crimes contra a liberdade sexual como sendo crime continuado estão em torno da reforma trazida que vinculou num só tipo penal as condutas antes tipificadas nos artigos 213 e 214 do CP, absolvendo o crime de atentado violento ao pudor pelo de estupro, o que segundo alguns autores e julgadores estabelece uma nova sistemática que tende à reconhecer a prática do crime único.

Compete destacar que esse é, também, o entendimento do relator Cezar Peluso, do Supremo Tribunal Federal, que, em julgado de Habeas Corpus, em março de 2010, fez a seguinte reflexão:

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 87960/SP. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 22/06/2010, publicado no DJ de 27/09/2010. Disponível em 24/09/2010: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16804870/habeas-corpus-hc-87960-sp-2007-0177230-8-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 04 set. 2011.

Entendo, contudo, que o debate adquiriu nova relevância com o advento da lei nº 12.015/2009, que, entre outras alterações no Título VI do Código Penal, lhe unificou as redações dos antigos arts. 213 e 214 em um tipo penal único [...]. Conquanto mantenha o nomen juris, a redação do novo tipo penal “descreve e estabelece uma única ação ou conduta do sujeito ativo, ainda que mediante uma pluralidade de movimentos. Há somente a conduta do agente de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça” (PELUZO, Vinícius de Toledo Piza. O crime de estupro e a Lei nº 12.015/09: um debate desenfocado. Boletim IBCCRIM, ano 17, n.203. São Paulo: IBCCRIM, out/2009, PP. 02-03, grifos no original.)

[...] Como se vê, a alteração legislativa repercute decisivamente no debate. Ora, se o impedimento para reconhecer a continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor residia tão somente no fato de não serem crimes da mesma espécie, entendidos, pela ilustrada maioria, como fatos descritos pelo mesmo tipo penal, tal óbice foi removido pela edição da nova lei.

Pode-se extrair, daí, que o novo tipo penal vai além da mera junção dos tipos anteriores, na medida em que integra todas as espécies de atos libidinosos praticados num mesmo contexto fático, sob mesmas circunstâncias e contra a mesma vítima. **Isso significa que a nova lei torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias, sem prejuízo do entendimento da Corte de reduzir conceitualmente a figura à identidade de espécies dos crimes.** [grifou-se]⁹¹

Assim sendo, diante das referências de diversos autores, é evidente a divergência de entendimento no que tange o concurso de crimes entre estupro e atentado violento ao pudor. Existem posições favoráveis no sentido de que seja concurso material, sendo majoritária atualmente, e entendimentos favoráveis ao crime continuado.

Porém, como visto no voto do Ministro Felix Fischer, ainda há a possibilidade de reconhecer como sendo concurso material os atos de estupro e atentado violento ao pudor pelo fato de agora estarem reunidos em um único tipo e serem tidos como atos de mesma espécie:

Reunidas as condutas em um único tipo, argumenta-se que agora por serem referidos atos da mesma espécie (além, é claro, de serem do mesmo gênero)

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 86.110/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgamento em 02/03/2010, publicado no DJe-071 divulg 22-04-2010 public 23-04-2010 ement vol-02398-01 pp-00089. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8996230/habeas-corpus-hc-86110-sp-stf>>. Acesso em: 04.out.2011.

não haveria óbice ao reconhecimento da aludida ficção jurídica. Neste sentido o voto do eminente Relator.

Não obstante, não creio ser essa a solução a ser dada à controvérsia. Conforme a nova redação do tipo (art. 213 ou 217-A), o agente poderá praticar a conjunção carnal ou outros atos libidinosos. Assim, se praticar, por mais de uma vez, cópula vaginal, a depender do preenchimento dos requisitos do art. 71 ou art. 71, parágrafo único, do Código Penal, poderá, eventualmente, configurar-se a continuidade delitiva. Ou então, se constranger a vítima a mais de uma penetração (sexo anal, por exemplo por duas vezes) de igual modo, nos mesmos termos, poderá ser beneficiado com a pena do crime continuado.

Contudo, se praticada, v.g., uma penetração vaginal e outra anal, neste caso, jamais será possível a caracterização da continuidade, assim como já sucedia com o regramento anterior. É que a execução de uma forma nunca será similar a da outro.

São condutas distintas por natureza.

A teor do art. 71 do Código Penal, a continuidade delitiva somente estaria configurada se iguais fossem as "condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes ", o que, a toda evidência, não será possível no caso de conjunção carnal e outro ato de penetração, pois entre eles não se identificará a maneira de execução e outras semelhantes.

Assim, em razão da impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a prática de conjunção carnal e atos diversos de penetração, não há como reconhecer a continuidade delitiva entre referidas figuras.

Ressalve-se, desde já, as hipóteses de praeludia coiti, em que atos antes configuradores de atentado violento ao pudor, hoje tipificados como estupro, podem ser absorvidos pela conduta final pretendida pelo agente. O que, aliás, é há muito entendimento pacífico desta Corte.

Como bem pondera Vicente Greco Filho:

"Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexo causal, teremos, então, delitos autônomos." (in artigo intitulado "Uma interpretação de duvidosa dignidade (sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual)" Revista do TRF da 1ª Região, Novembro de 2009).

Arremata o autor, com precisão, exemplificando:

"Se, durante o cativeiro, houve mais de uma vez a conjunção carnal pode estar caracterizado o crime continuado entre essas condutas, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como os citados, coito anal, penetração de objetos etc., cada um desses caracteriza crime diferente cuja

pena será cumulativamente aplicada ao bloco formado pelas conjunções carnaís. A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigência dos antigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. **Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela. como no exemplo referido"** (op. cit.) (grifos aditados)⁹²

Assim, é importante fazer com que o Direito Penal seja utilizado para punir corretamente os indivíduos que privam o direito do outro à liberdade de seu corpo e de praticar ato sexual com quem lhe convir, tendo em vista que é altamente reprovável a violência contra quem quer que seja para satisfação da lascívia sem que haja o dissenso da outra parte. Com isso é importante aplicar o concurso correto. Analisar o caso concreto em questão para, assim, se chegar a uma conclusão palpável.

Por isso, a corrente que defende pela classificação da pluralidade de condutas no crime de estupro quando há a conjunção carnal e outro ato libidinoso diverso como sendo concurso material é a que mais fortalece a proteção de um bem jurídico tão importante que é a liberdade sexual, pois o delito em questão trata-se de crime hediondo, que normalmente deixa uma marca permanente em suas vítimas, fazendo jus a devida cautela e repressão do estado.⁹³

Nesse mesmo diapasão, cabe destacar o art. 5º da Constituição Federal que garante a todos igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito** à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade.⁹⁴

Entre as mais diferentes expressões da liberdade, da personalidade e da individualidade humana está a liberdade sexual, isto é, o direito de, em sua vida privada, expressar sua sexualidade da forma que melhor lhe convier. Assim como ocorre com as outras

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 87960/SP. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 22/06/2010, publicado no DJ de 27/09/2010. Disponível em 24/09/2010: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16804870/habeas-corpus-hc-87960-sp-2007-0177230-8-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 04/09/2011.

⁹³ GENTIL, Plínio Antônio Britto; JORGE, Ana Paula. O Novo Estatuto Legal dos Crimes Sexuais: Do Estupro do Homem ao Fim das Virgens. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal.. Ano X, nº 58, v.10, p. 8, Out/Nov 2009.**

⁹⁴ BRASIL. **Constituição Federal Brasileira de 1988.** Artigo 5º, *caput*

liberdades, a dignidade da pessoa humana depende da livre expressão sexual, inclusive a livre orientação sexual.⁹⁵

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual.

Ao serem visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, é de se reconhecer que a sexualidade é um direito do primeiro grupo, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade, pois compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual. **Trata-se assim de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. É um direito natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. [...]**

A sexualidade é, assim, um elemento integrante da própria natureza humana, seja individualmente, seja genericamente considerada. **Sem liberdade sexual, sem o direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o indivíduo humano – e, mais amplamente, o próprio gênero humano – não se realiza, do mesmo modo quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou direitos fundamentais.**⁹⁶

Há o intuito de se verificar qual o concurso cabível está no cômputo da pena. O concurso material é tido como mais grave, em que se somam as penas de cada delito praticado para então chegar à pena final que deverá ser cumprida pelo agente. No crime continuado aplica-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um a dois terços.

De qualquer maneira, cabe aos nobres julgadores encontrarem uma maneira mais apropriada de julgarem a questão ou que o legislador adeque melhor a Lei que prevê o crime de estupro e outras condutas nele inseridas para que minimize ou suprima tal conflito, pois é fato que ainda há uma polêmica em torno do tema e isso de certa forma trás a certa insegurança jurídica diante do tema.

⁹⁵ CUNHA, Matheus Antonio da. **Os direitos fundamentais e o direito à livre orientação sexual**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9023>. Acesso em: 25 set. 2011.

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Liberdade sexual e direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=24>>. Acesso em: 25 set. 2011.

Nesse entendimento cabe transcrever o voto do Desembargador Roberval Casemiro Belinati da segunda turma criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios referente nos autos da ação penal nº 2004011061644-6:

A questão objeto da divergência no presente julgamento refere-se à pena-base do novo crime de estupro. [...]

Com efeito, como ressaltado, o crime de estupro, pela nova redação do artigo 213 do Código Penal, passa a se configurar como crime de ação múltipla, de modo que existem várias formas de violar o tipo penal.

Verifica-se que, agora, ainda que o agente pratique vários atos libidinosos, haverá cometido apenas um crime de estupro. Não se pode olvidar, por outro lado, que a conduta do réu que pratica diversos atos libidinosos contra a mesma vítima é mais grave que a daquele que pratica apenas um.

Em verdade, atendendo-se aos princípios da individualização da pena e da igualdade material, deve-se distinguir as duas hipóteses, aplicando aos réus penas distintas. De fato, aplicar a mesma pena mínima a réus com condutas diversas significa violar o conteúdo jurídico do princípio da igualdade. **Não é justo ao réu que praticou apenas uma conduta sexual receber a mesma reprimenda que aquele que praticou mais de um ato libidinoso com a mesma vítima no mesmo contexto.**

[...]

Em verdade, a sentença condenou o réu pela prática dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor em concurso material. Não houve recurso do Ministério Público. É cediço que, em sede recursal, não é possível agravar a situação do único recorrente.

No caso dos autos, está se aplicando retroativamente a lei penal mais benigna – Lei n.º 12.015/2009 -, beneficiando o réu com a exclusão da pena referente ao crime de atentado violento ao pudor. Não se pode esquecer, contudo, que a conduta praticada pelo réu – sexo oral – continua sendo tipificada como crime no nosso ordenamento jurídico, no artigo 213 do Código Penal.

Dessa forma, **não é possível manter apenas a pena aplicada originariamente ao estupro, desconsiderando a existência de outro ato criminoso. Tal proceder significaria, no caso concreto, a descriminalização da conduta de constranger pessoa, mediante violência ou grave ameaça, à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, o que, certamente, não foi a intenção do legislador, sobretudo diante da nova redação do artigo 213 do Código Penal.**

Deve-se, portanto, acrescer à pena-base imposta ao crime de estupro a valoração negativa das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal em razão da prática de mais atos libidinosos.

Ressalte-se que não se trata de reformatio in pejus, já que a situação do recorrente está sendo melhorada, com a aplicação retroativa da Lei n.º 12.015/2009. De fato, a pena total – imposta aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, em concurso material – está sendo reduzida.

Vale salientar, ademais, que, se se entendesse que a pena individual do crime de estupro, em casos como o dos autos, não poderia ser majorada para acrescentar a circunstância desfavorável da prática de mais de um ato libidinoso, chegar-se-ia à conclusão de que os réus, nesta condição processual, teriam uma situação mais benéfica até mesmo do que aqueles que cometeram crimes na égide da própria lei mais benigna. Isto importaria criar uma terceira lei, não idealizada pelo legislador.

Com efeito, a pena anterior à Lei n.º 12.015/2009 é a mais grave, pois há concurso material entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. **Na lei nova, a conduta é apenada apenas pelo crime único de estupro, mas permitindo-se o acréscimo à pena-base, em razão da prática de mais de um ato libidinoso.** Destarte, não se pode impor, a pretexto de aplicar retroativamente a Lei n.º 12.015/2009, uma pena total mais branda que aquela aplicada aos crimes cometidos em sua vigência.[...]

No caso dos autos, a pena-base para o crime de estupro foi aplicada em 07 (sete) anos, na sentença. Assim, pelos motivos acima elencados, dita pena deverá ficar em 08 (oito) anos.

Dessa forma, de rigor prover parcialmente o recurso, de ofício, para reconhecer a existência de crime único de estupro, aumentando a pena-base para 08 (oito) anos de reclusão.

DOSIMETRIA

Assim, em relação ao crime único de estupro, na primeira fase, estabeleço a pena-base em 08 (nove) anos de reclusão (a sentença havia fixado em 07 anos).

Na segunda fase, mantenho a mesma pena, em face da ausência de atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, não há causas de aumento ou de diminuição da pena, de modo que fica estabelecida a pena em 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Diante do exposto, conheço do recurso e, de ofício, diante da superveniência da Lei n.º 12.015/2009, excluo o crime de atentado violento ao pudor e a respectiva pena, mantendo somente a pena do crime único de estupro, acrescida de um ano de reclusão, diante da prática de mais de um ato

libidinoso, ficando reduzida a pena de 14 (quatorze) para 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Portanto, o que faz sentido é que independentemente de considerar a conduta de estupro e atentado violento ao pudor como sendo concurso material ou crime continuado, uma coisa é certa, não devem os magistrados esquecerem ou deixarem de considerar os atos libidinosos diversos de conjunção carnal quando existirem em um mesmo caso concreto, tendo em vista que de fato seria uma injustiça para com a vítima, enfraqueceria a proteção que deve existir contra um bem tão relevante e importante para que é a liberdade sexual e desrespeitaria por completo o preceito fundamental de princípios da individualização da pena e da igualdade material, uma vez que aplicar a mesma pena mínima a réus com condutas diversas significa violar o conteúdo jurídico do princípio da igualdade. Não é justo ao réu que praticou apenas uma conduta sexual receber a mesma reprimenda que aquele que praticou mais de um ato libidinoso com a mesma vítima no mesmo contexto.⁹⁷

⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão 445008. Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati. Data do Julgamento: 19/08/2010. Disponibilizado em: 15/09/2010. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62370,37313,4677&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>> Acesso em: 10.set.2011

CONCLUSÃO

Diante do que foi acompanhado no decorrer do trabalho fica evidente que o intuito da presente monografia é analisar de acordo com o previsto atualmente no art. 213 do Código Penal, a pluralidade de condutas no crime de estupro e investigar o concurso existente entre o estupro e o extinto atentado violento ao pudor. Como visto no transcorrer da apresentação, o tema trouxe inúmeras polêmicas que foram devidamente analisadas e discutidas de acordo com a jurisprudência e doutrina de acordo com o que ocorria anteriormente e as consequências ao advento da Lei 12.015/09.

Primeiramente, a sistemática anterior que possibilitava o reconhecimento de ambas as condutas como sendo concurso material baseava-se no fato de o estupro e o antigo atentado violento ao pudor não eram da mesma espécie, possuindo elementos subjetivos e objetivos nitidamente distintos.

Com entrada em vigor da nova Lei nº 12.015 em 07 de agosto de 2009, surgiram novas discussões, pois houve a fusão num só tipo penal das condutas anteriores tipificadas nos arts. 213 e 214 do CP, constituindo, hoje, um só crime o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele pratique outro ato libidinoso.

Há quem interprete o novo dispositivo como de tipo misto alternativo. Dessa maneira, a execução de qualquer dos atos por ele descrito, bem como a forma como forem praticados, em um mesmo contexto fático, formariam crime único, alterando, totalmente a dinâmica anteriormente conhecida.

Já a segunda visão sustenta que o tipo se caracterizaria como misto cumulativo e, como tal, manteria as condutas descritas independentes entre si, apesar de contidas dentro do mesmo artigo. Assim, sendo executadas em um mesmo contexto, dariam ensejo a um concurso material.

A polêmica em torno do tema é o que enseja a produção deste trabalho, pois há uma nítida divergência tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, que é exatamente o ponto do desenvolvimento, esclarecer os dois pontos de vista e tentar encontrar a interpretação mais adequada para ser aplicada.

Cabe salientar, ainda, que este trabalho tem por finalidade analisar a divergência em torno do tema, porém deixa clara a tendência por considerar os referidos delitos contra a liberdade sexual sendo caracterizados como tipo misto cumulativo, onde existem dois tipos legais contidos em uma única descrição típica.

O trabalho é elaborado se identifica mais com a corrente que defende pela classificação as referidas condutas como sendo concurso material, haja vista que a consumação de diferentes atos de penetração diversos da conjunção carnal alude o reconhecimento de diversas condutas delitivas, não possibilitando a existência de crime único, tendo em vista que cada ato, seja conjunção carnal ou outra maneira de penetração, exaure, a forma mais reprovável da acusação.

Em contrapartida, considera-se que independentemente de classificar a conduta do antigo atentado violento ao pudor junto com o estupro como sendo concurso material ou crime continuado, não podem ser esquecidos os atos libidinosos diversos de conjunção carnal e devem ser considerados para que haja uma punição adequada ao indivíduo que praticar tais atos, de maneira que ele seja reprimido por todos os atos que cometeu.

Tendo em vista todo o exposto, portanto, finda-se a abordagem levantada afirmando a possibilidade de caracterização do instituto do concurso material na pluralidade de condutas descritas pelo crime de estupro mesmo com a entrada em vigor da nova Lei 12.015/09.

REFERÊNCIAS

BEZÉ, Patrícia Mothé Gliocche. **Concurso formal e crime continuado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Manual de direito penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Tratado de direito penal: parte especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, vol.4, 2007, p. 3.

_____. **Tratado de direito penal: parte especial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 4.

BRASIL. **Constituição Federal Brasileira de 1988**.

BRASIL. Decreto-Lei N°. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. DOU de 03/01/41.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 87960/SP. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 22/06/2010, publicado no DJ de 27/09/2010. Disponível em 24/09/2010:<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16804870/habeas-corpus-hc-87960-sp-2007-0177230-8-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 04 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.080.909/RS (2008/0172445-1). Rel. Min. Laurita Vaz, publicado no DJ de 03/08/2009. Disponível em:<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062975/recurso-especial-resp-1080909-rs-2008-0172445-1-stj/relatorio-e-voto>>. Acesso em: 04/09/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 86.110/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgamento em 02/03/2010, publicado no DJe-071 divulg 22-04-2010 public 23-04-2010 e ment vol-02398-01 pp-00089. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8996230/habeas-corpus-hc-86110-sp-stf>>. Acesso em: 04.out.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão 445008. Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati. Data do Julgamento: 19/08/2010. Disponibilizado em: 15/09/2010. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=>

1&PGATU=1&l=20&ID=62370,37313,4677&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER> Acesso em: 10.set.2011

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de direito penal: parte especial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra os costumes e dos crimes contra a administração pública**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 3.

COSTA JR., Paulo José da. **Curso de direito penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Matheus Antonio da. **Os direitos fundamentais e o direito à livre orientação sexual**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9023>. Acesso em: 25 set. 2011.

DAMASIO, E. de Jesus. **Direito penal – parte geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade sexual e direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=24>>. Acesso em: 25 set. 2011.

FRAGOSO *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 87960/SP. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 22/06/2010, publicado no DJ de 27/09/2010. Disponível em 24/09/2010: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16804870/habeas-corpus-hc-87960-sp-2007-0177230-8-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 04 set. 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio *in* **Lições de direito penal - parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GENTIL, Plínio Antônio Britto; JORGE, Ana Paula. O novo estatuto legal dos crimes sexuais: do estupro do homem ao fim das virgens. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**. Ano X, nº 58, v.10, p. 19, Out/Nov 2009.

GRECO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade (sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual). **Revista do TRF da 1ª Região**, v. 21, n. 11, nov. 2009.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte especial III. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

_____. **Curso de Direito penal:** parte especial. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008, vol. 3.

_____. **Curso de direito penal:** parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, vol. 1.

GUSMÃO, Chrysolito. **Dos crimes sexuais.** 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, vol. 8.

ISHIDA, Válter Kenji. **Curso de direito penal:** parte geral e especial. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JESUS, Damásio de. *apud* GRECO FILHO, Vicente. **Direito penal:** parte especial. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 3.

_____. **Direito penal:** parte especial. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 3.

_____. **Direito penal:** parte especial. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 3.

_____. **Direito penal:** parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 1.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. **Curso de política criminal.** Valência: Tirant lo blanch.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal:** parte especial. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Manual de direito penal:** parte especial. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual:** comentários à lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Jádriel João Baptista de. **Código penal comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, vol III, p. 195.

SARAIVA, Alexandre José Barros Leal. **Dos crimes contra a liberdade individual**. Disponível em <http://www.usinadeletras.com.br/exibelotexto.php?cod=4321&cat=Textos_Jur%EDdicos&vinda=S>. Acesso em: 2 out. 2011

SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. Disponível em: <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=567>>. Acesso em: 15 set. 11.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando. Crimes contra a liberdade sexual em face da nova lei. **Revista Jurídica Consulex**. Ano XIV, nº 313, v.14, p. 60-62, 31 Jan. 2010.

TUBENCHLAK *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 87960/SP. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 22/06/2010, publicado no DJ de 27/09/2010. Disponível em 24/09/2010:<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16804870/habeas-corpus-hc-87960-sp-2007-0177230-8-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 04 set. 2011.

VILAÇA, Alessandra. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/lei-12015-09-principais-mudancas-em-materia-de-crime-contra-a-dignidade-sexual/>>. Acesso em: 25 ago. 11.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.